

XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Comisión 5: Contratos: “Obligación de saneamiento”

Ponencia: “La interpretación de la acción estimatoria en el Código Civil y Comercial”

Por Esteban Javier ARIAS CÁU*

CONCLUSIONES:

Proponemos que las “XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil” declaren que:

Lege lata

- 1) Que la derogación expresa de la acción estimatoria (*quantum minoris*) por el Código Civil y Comercial implica un cambio de paradigma con relación al Código de Vélez.
- 2) Que esta decisión de política legislativa no impide que las partes, en el marco de su autonomía privada, establezcan una cláusula expresa en los contratos a celebrarse con idénticos efectos, admitiéndose la disminución del precio del bien defectuoso.
- 3) Que también podrían aplicarse “los usos, prácticas y costumbres” nacidas al calor del Código Civil derogado, especialmente aplicándose la interpretación analógica de la doctrina y jurisprudencia, al tratarse de una situación no reglada legalmente, con fundamento en el art. 1 del Código Civil y Comercial, como opinaba Moisset de Espanés.
- 4) Que la acción estimatoria o *quantum minoris* subsiste en el régimen de defensa del consumidor (arts. 17 y concordantes de la ley N° 24.240)

Lege ferenda

- 1) Proponemos que la obligación de saneamiento se ubique en la parte general del Código Civil y Comercial (Libro Primero, Título 4 “Hechos y actos jurídicos”), incluyéndose expresamente a la acción estimatoria.
- 2) Proponemos, en subsidio, se reincorpore la acción estimatoria o *quantum minoris* como inciso d) del art. 1039 del Código Civil y Comercial (Libro tercero, Título 2 “Contratos en general”, Capítulo 9 “Efectos”, Sección 4 “obligación de saneamiento”), con el texto propuesto por el Proyecto de Código Civil para la República Argentina de 1998 (art. 1003)

FUNDAMENTOS

I.- INTRODUCCIÓN

El saneamiento propiamente dicho comprende aquellos defectos de derecho (evicción) o de hecho (vicios redhibitorios) aplicable —en principio— a los contratos onerosos. Se trata, de la denominada garantía de saneamiento, que es un género que admite como especies a la evicción y a los vicios redhibitorios, institutos de origen romano, que se mantienen vigentes en nuestro derecho privado. Esta postura, también es compartida por Rubén Stiglitz, afirmando que “no obstante la aparente igualdad con que son tratadas allí ambas figuras, esta última absorbe a la primera en todo su alcance¹”.

En esta oportunidad, nos proponemos analizar la noción clásica de la acción estimatoria, como una de las opciones que tiene la parte contractual, dentro de los vicios redhibitorios, a fin de obtener una reducción parcial del precio y al mismo tiempo quedarse con el bien defectuoso en virtud que todavía mantiene utilidad. De este modo, *brevitatis modo*, realizaremos un ejercicio comparativo con el Código de Vélez y su omisión en el Código Civil y Comercial, para sacar conclusiones en torno a su posible interpretación.

II.- CONCEPTO Y REGULACIÓN EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ

II.1 Concepto

Podemos brindar una noción conceptual de los vicios redhibitorios, conforme el Derecho Romano, sosteniendo que son “los defectos ocultos de la cosa, existentes al tiempo

(*) Abogado (U.N.Tucumán), Magíster en Derecho Empresario (U. Austral), Profesor Asociado “Derecho Civil III” (Contratos), Universidad Católica de Santiago del Estero, DASS. Secretario Sede Jujuy, “Instituto Noroeste” perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ Conf., STIGLITZ, Rubén, *Contratos. Teoría general. Reimpresión*, Depalma, Buenos Aires, 1994, t. I, pág. 605, quien al hablar de evicción y saneamiento afirma que “no obstante la aparente igualdad con que son tratadas allí ambas figuras, esta última absorbe a la primera en todo su alcance”. En el derecho comparado el art. 1837 del Código Civil Chileno establece que “la obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios”. El Código Civil Peruano de 1984 dispone que “hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión, o el uso de un bien” (art. 1484), el cual obliga al transmitente a “responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor”. (art. 1485) En el artículo 1503 del Código Civil de Venezuela se prescribe: “Por el saneamiento que debe el vendedor al comprador responde aquél: 1) de la posesión pacífica de la cosa vendida, y 2) de los vicios o defectos ocultos”.

de la celebración de la compraventa, que la hacían inútil para su destino o que disminuían notoriamente su valor²”.

Es decir, que el instituto de los vicios redhibitorios se aplica al contrato oneroso de compraventa con relación a aquellos *defectos*³ que tenga la cosa, al momento de su celebración, que eran graves para su destino natural o bien que disminuían su valor para el comprador, generándose dos acciones con dos plazos diversos, a juicio o decisión exclusiva del comprador, ya sea para devolverla (redhibición) o bien para quedársela (*quantum minoris*), compensándose la diferencia de valor tenida en mira al principio del acto jurídico.

La noción antedicha fue receptada por Vélez Sársfield en el art. 2164 del Código Civil, quien nos brinda una definición⁴ legal prescribiendo que son “vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella⁵”. Para Noemí Nicolau la norma transcripta refleja una *noción abstracta* o conceptual del vicio redhibitorio “que se construye a partir de dos elementos: que exista un defecto en la cosa y que ese defecto la haga impropia para su destino o disminuya el uso de ella⁶”.

II.2 Acciones derivadas de los vicios redhibitorios

² GHIRARDI, Juan C. – ALBA CRESPO, Juan J., *Manual de Derecho Romano*, 1ª edición (1999), Reimpresión, Eudecor, Córdoba, 2000, pág. 512.

³ Claramente se trata de una “anomalía nociva o imperfección de la cosa”. Cfr., NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 392.

⁴ Siempre se recuerda la nota de VÉLEZ SARFIELD al art. 495 del Código Civil para sustentar la inconveniencia de introducir definiciones en una ley. Sin embargo, bien leída ésta, es el propio Codificador quien se ocupa, luego, de señalar que pueden *admitirse* éstas cuando “contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos o por su influencia en las disposiciones de una materia especial”. Conf., LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., *Fundamentos de técnica legislativa*, La Ley, Buenos Aires, 1999, pág. 271 y sig. A nuestro juicio, este es el caso de la definición de vicios redhibitorios contenida en el art. 2164.

⁵ Esta definición legal tiene su origen en el *Esboço* de Freitas. Art. 3581: “los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce, se ha transmitido por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición: 1º) Si la hicieren inútil para el uso o goce a que fue destinada; 2º) Si de tal modo disminuyeren ese uso o goce que, a haberlos conocido el adquirente, no la hubiera adquirido, o hubiera dado menos por ella”. Conf., FREITAS, Augusto T. de, *Código Civil. Obra fundamental del Código Civil Argentino*, Ed. García Santos y Roldán, Buenos Aires, 1909, t. II, pág. 363, en idioma español.

⁶ NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos...*, cit., t. I, pág. 392. En efecto, explica las dos nociones que pueden darse en materia de vicios redhibitorios: 1) Noción abstracta; 2) Noción funcional o concreta.

Los vicios redhibitorios originan la acción redhibitoria y la estimatoria⁷, según se pretendiera resolver el contrato o bien disminuir el precio original conservando la cosa, respectivamente. En otras palabras, la primera tiene por objeto la *devolución* de la cosa al vendedor por ser impropia para su destino esencial; en cambio, en la segunda se persigue que se *disminuya* su precio al menor valor de la cosa que posee el vicio, ya que todavía es susceptible de uso o goce por parte del adquirente. Conforme el régimen del Código de Vélez, el adquirente podrá intentar⁸ una u otra acción, pero una vez elegida alguna de ellas ya no podrá intentar la otra⁹ (art. 2175), agregándose la *acción de daños* para el supuesto que se promueva la *redhibitoria* y siempre que el vendedor haya conocido el vicio y no lo haya manifestado al adquirente (art. 2176)¹⁰: *es decir, procede en caso de dolo y como accesoria de la actio redhibitoria*.

Esta especie de la garantía de saneamiento otorgaba al adquirente cuatro acciones: a) Acción redhibitoria; b) Acción estimatoria; c) Acción de daños y perjuicios como accesoria; d) Acción de cumplimiento para cosas de género.

Con respecto a los daños que pueden reclamarse mediante la acción redhibitoria, tratándose de responsabilidad contractual, son aquellos que estaban regulados en los arts. 519 a 522 del Cód. Civil. Es decir, comprendía el daño emergente y el lucro cesante, incluyéndose las consecuencias inmediatas (art. 520) y las mediatas (art. 521), pudiéndose condenar por daño moral “de acuerdo a la índole del hecho generador de la responsabilidad

⁷ CALDERÓN, Maximiliano R., “Garantía por defectos de hecho (vicios redhibitorios)” en GONZÁLEZ, José E., TINTI, Guillermo P., CALDERÓN, Maximiliano R., RIBA, Marina A., *Teoría general de los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pág. 296: “disminución que deberá realizarse en proporción a la entidad del defecto y su relación con el valor total de la cosa”.

⁸ En opinión de MOSSET ITURRASPE se trata de acciones alternativas. Conf., MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 488.

⁹ Se afirma que la norma citada tiene su antecedente en el art. 3589 del Esboço de FREITAS y hemos comprobado la veracidad del aserto. En efecto, el artículo citado expresa: “En todos los casos competen al comprador las dos acciones del artículo anterior —se refiere a la redhibitoria y la *actio quanti minoris*—, pudiendo intentar una u otra; más no tendrá derecho para intentar una de ellas después de ser vencido o de haber intentado la otra”. Cfr., FREITAS, Augusto T. de, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 366. Art. 3589. En opinión de SPOTA, debería admitirse una acción subsidiaria de la principal, para el caso de ser rechazada la segunda. Por ejemplo: “deduciéndose la acción redhibitoria y, en subsidio, la acción estimatoria o *quanti minoris*”. Conf., SPOTA, Alberto G. — LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. (Actualizador), *Contratos. Instituciones de derecho civil*, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. VII, pág. 991.

¹⁰ La buena fe se presume y debe probar el comprador la mala fe, pero si por su oficio, arte o profesión el vendedor debía conocer los vicios que tenía la cosa vendida, que la hacen impropia para su destino, se presume que es culpable. Conf., CIFUENTES, Santos (dir.) y SAGARNA, Fernando Alfredo (coord.), *Código Civil. Comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. III, pág. 62. Comentario al art. 2176.

y circunstancias del caso” (art. 522). Por supuesto, previamente, deberá acreditarse la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil. Para la mayoría de la doctrina comprende, no obstante, sólo el daño al interés negativo¹¹. Por último, se trataba de una responsabilidad con factor de atribución objetivo en virtud de la existencia del defecto, sin que hubiera que probar la culpa del vendedor. Empero, si se acreditaba el dolo se incrementaba la responsabilidad.

III.- LA NOCIÓN MODERNA DE LOS VICIOS REDHIBITORIOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Corresponde indagar ahora en la nueva regulación de los vicios redhibitorios para verificar si hay una continuación del modelo velezano o por el contrario nuevas ideas o criterios con respecto al saneamiento.

III.1 Del método

III.1.1 Del método en general

El Código Civil y Comercial de la Nación, siguiendo al Proyecto de Código Civil de 1998, posee una parte general (Libro I) y una parte general del contrato (Libro III) modificándose la fuente francesa seguida por Vélez por la germana. Empero, además y en lo que resulta una novedad metodológica que carece de antecedentes en el derecho comparado, ha incorporado algunos institutos propios del *derecho de defensa del consumidor*, como propiciaba autorizada doctrina¹². En particular, incluyó la relación de consumo (art. 1092), definió el contrato de consumo (art. 1093) como tipo general y transversal a los contratos, principios que informan la materia propia del consumidor (arts. 1094 y 1095) y la regulación específica del proceso de formación del consentimiento.

De igual modo, el texto proyectado de la Comisión de reformas en materia de *obligación de saneamiento* admite que “tiene su fuente inmediata en el Proyecto de Código Civil de 1998, del cual se ha tomado la regulación del instituto introduciéndose algunas

¹¹ Por todos: TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II, pág. 154 y sig., en las cuales desarrolla las distintas opiniones autores con relación a la extensión del resarcimiento por incumplimiento contractual.

¹² En efecto, a diferencia del Código Civil Alemán (BGB), el Código Civil y Comercial ha incluido un título completo (Título III) con numerosas normas referidas al derecho de defensa del consumidor (arts. 1092 a 1122), a fin de plasmar un núcleo duro de protección en el código unificado, no sujeto a las modificaciones del régimen especial (Ley N° 24.240).

mínimas modificaciones o quitas¹³”. Como veremos luego, si bien estas modificaciones pueden ser calificadas de mínimas, en algunos casos son relevantes¹⁴.

III.1.2 El método de la garantía de saneamiento

Precisamente, en la parte general *del contrato*, reglamentó la garantía de saneamiento¹⁵ (arts. 1033 a 1058), estableciendo tres párrafos, a saber: Párrafo 1° “Disposiciones generales”; Párrafo 2° “Responsabilidad por evicción”, Párrafo 3° “Responsabilidad por vicios ocultos”.

Dentro de las disposiciones generales (Parág. 1°) establece los sujetos responsables (art. 1033); las garantías comprendidas en la obligación de saneamiento¹⁶ (art. 1034); incorpora como supuesto las adquisiciones a título gratuito (art. 1035), limitándola a una adquisición anterior a título oneroso. Asimismo, ratifica su carácter de *cláusula natural* de los contratos onerosos bajo el epígrafe “Disponibilidad” (art. 1036); determina la interpretación restrictiva para el caso de supresión y disminución de la garantía (art. 1037); y establece los supuestos en los cuales se la tiene por “no convenidas” (art. 1038), según haya sido el conocimiento o la actuación profesional del enajenante o el adquirente.

Luego desarrolla los criterios de responsabilidad. Así, determina las *opciones* en materia de responsabilidad que posee el acreedor de la obligación (art. 1039), siguiendo al art. 10 *bis* de la ley N° 24.240; dispone como principio general la responsabilidad por daños (art. 1040), reglamentándose las excepciones, incluyéndose causales subjetivas¹⁷; los casos

¹³ NICOLAU, Noemí L., “La obligación de saneamiento y la responsabilidad por evicción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Suplemento especial. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, febrero, 2015, pág. 145.

¹⁴ Por ejemplo, adelantamos la derogación de la acción estimatoria de origen romano, más conocida como *actio quanti minoris*.

¹⁵ En el esquema del Código Civil y Comercial: Libro III “Derechos personales”, Título II “Contratos en general”, Capítulo 9 “Efectos”, arts. 1033 a 1058.

¹⁶ Cfr., TINTI, Guillermo P., “Obligación de saneamiento”, en TINTI, Guillermo P. – CALDERÓN, Maximiliano R. (dir.), *Contratos. Parte general según el Código Civil y Comercial*, Zavallia, Buenos Aires, 2016, pág. 242: “advertimos que el ‘saneamiento’ es tratado por el Código no como el género sino como una categoría autónoma, un *tertium genus*, lo que genera confusión y contradicciones con lo que se legisla luego en particular”.

¹⁷ TINTI, Guillermo P., “Obligación de saneamiento”, en TINTI, Guillermo P. – CALDERÓN, Maximiliano R. (dir.), *Contratos...*, cit., pág. 242: “La responsabilidad que el Código Civil y Comercial establece es subjetiva, a diferencia del Código Civil de Vélez, donde era objetiva y agravada en casos de mala fe”. Conf., GAITÁN, María C., “Obligación de saneamiento: Responsabilidad por evicción y vicios ocultos”, en CURÁ, José M. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Orientado a contadores*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, pág. 371: “En nuestro sistema actual (Código de Vélez Sarsfield), la responsabilidad que surge de la evicción es de carácter objetiva, fundada básicamente en la obligación de garantía y en el equilibrio que debe darse en los contratos onerosos. No es necesario el dolo o culpa del enajenante para que opere esta garantía, sólo producirá el agravamiento al momento del resarcimiento”.

de pluralidad de bienes (art. 1041) y de sujetos obligados (art. 1042); y restringe la posibilidad de invocar la ignorancia o error del obligado al saneamiento (art. 1043).

En lo que nos interesa, el párrafo 3° establece la “Responsabilidad por vicios ocultos”, a partir del art. 1051 hasta el 1058, “con lo cual se advierte que el CCCN sigue la metodología de considerar los vicios ocultos en general, para luego diferencia cuáles generarán responsabilidad de los que no lo hacen¹⁸”.

III.1.3 Algunas críticas metodológicas

Por un lado, si comparamos la ubicación elegida con el Código de Vélez, evidentemente parece ser un acierto¹⁹ porque la garantía de saneamiento (art. 1034) es un elemento natural²⁰ del contrato que actúa supletoriamente, es decir, aunque las partes nada hayan estipulado guardando silencio (art. 1036), y dentro del ámbito de aplicación establecido por el legislador (art. 1033). Por otro lado, como bien lo señala Nicolau, decimos “que el problema metodológico se supera parcialmente porque, si bien ahora se ubica el tema en la teoría general del contrato, en estricto sentido técnico jurídico hubiera sido preferible ubicarlo en una Parte general, en el régimen de los actos jurídicos porque el instituto refiere a *cualquier* transmisión de derechos o división de bienes²¹”. En efecto, recordemos que el Código Civil y Comercial tiene en el Libro I una “Parte general” aplicable a los hechos y actos jurídicos²².

Empero, además, existe otra cuestión de diseño y que corresponde señalar, y es aquella que tiene su relación cuando en el caso se configura un contrato de consumo (art. 1093), en virtud que las soluciones legales previstas en las disposiciones generales relativas

¹⁸ KITAINIK, Nicolás, “Obligación de saneamiento”, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. 1, pág. 605.

¹⁹ GAITÁN, María C, “Obligación de saneamiento: Responsabilidad por evicción y vicios ocultos”, en CURÁ, José M. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado...*, cit., t. III, pág. 370: “La ubicación de esta figura (...) es un acierto, en comparación con la metodología empleada en nuestro actual Código Civil”.

²⁰ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., “Contratos. Parte general” en ALTERINI, Jorge H. (dir. general) – ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético*, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. V, pág. 526: “Consideramos un acierto la ubicación dada por el Código Civil y Comercial a este instituto, ya que al ser tanto la evicción como los vicios redhibitorios elementos naturales de los contratos a título oneroso debían ser tratados en la parte general”. Comentario Art. 1033.

²¹ NICOLAU, Noemí L., “La obligación de saneamiento y la responsabilidad por evicción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Suplemento especial...*, cit., pág. 145. La cursiva nos pertenece.

²² Conf., BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil. Contratos*, 21ª edición actualizada por Alejandro BORDA, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 6, quien tenía esta opinión, encontrándose vigente el Código de Vélez.

a la obligación de saneamiento deberán ser confrontadas con los principios interpretativos del derecho de defensa del consumidor, insertos en el propio Código Civil y Comercial (art. 1094 y 1095) como en el régimen especial (arts. 3, 11, 17, 18 y 37, LDC). En otras palabras, el “régimen especial de responsabilidad derivado del saneamiento previsto en el Código Civil y Comercial contradice en algunos aspectos la normativa de protección al consumidor (ley 24.240 y art. 42 de la Constitución Nacional) por lo que habrá que tener en cuenta en el caso concreto que, ante la duda, prevalece la norma más protectoria que, por lo general, será la norma especial de protección al consumidor²³”.

III.2 Derogación de la acción estimatoria por el Código Civil y Comercial

III.2.1 Opciones generales y específicas

En materia de vicios redhibitorios, el acreedor de la garantía posee opciones generales (art. 1039) y específicas (art. 1056) en materia de resolución²⁴ del contrato cuando el bien adolezca de algún defecto. Para ello, el art. 1056²⁵ establece que: a) Debe tratarse de un vicio redhibitorio; b) Si se utilizó la ampliación convencional de la garantía.

Esta solución, como bien se dijo, no estaba prevista en el Código Civil para el supuesto de “vicios redhibitorios, sino que estaban previstas la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato y la acción de reducción del precio –*quantum minoris* o estimatoria- (arts. 2165, 2172 y 2174, Cód. Civil)²⁶”. En efecto, recordemos que si la cosa, mueble o inmueble, tenía un defecto el acreedor podía elegir entre dejar sin efecto el contrato devolviendo (*redhibere*) la cosa o bien quedarse con ella previa disminución del precio (*quantum minoris*).

Sin embargo, en el régimen vigente se ha establecido un *límite* para la resolución del vínculo contractual en el art. 1057, en estos términos: *Artículo 1057.- Defecto subsanable.*

²³ NICOLAU, Noemí L., “La obligación de saneamiento y la responsabilidad por evicción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Suplemento especial...*, cit., pág. 146.

²⁴ En contra: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte General*, 4ª edición (1997), Reimpresión, Zavallia, Buenos Aires, 2003, t. 1, pág. 794, quien considera que su naturaleza jurídica es, precisamente, la de una rescisión, en estos términos: “Es una rescisión unilateral prevista en el contrato, que sólo tiene efectos inter partes y no en relación con terceros”.

²⁵ Cfr., art. 1020, *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, con Nota de elevación, Fundamentos y Legislación complementaria, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1999, pág. 324.

²⁶ KITAINIK, Nicolás, “Obligación de saneamiento”, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación...*, cit. t. 1, pág. 607.

*El adquirente no tiene derecho a resolver el contrato si el defecto es subsanable, el garante ofrece subsanarlo y él no lo acepta. Queda a salvo la reparación de daños*²⁷.

Por lo cual, si el defecto del bien es subsanable (art. 1039 inc. a) y el garante ofrece expresamente solucionarlo o enmendarlo, el acreedor puede aceptar o no esta solución. Si la acepta, no hay problema alguno. Empero, si no la acepta, *no podrá resolver* el contrato por imperio legal (art. 1039 inc. c, *a contrario* y 1057 *in fine*), sin perjuicio de quedarle la reparación de daños en materia civil y comercial; y de los casos específicos del régimen del consumidor.

Adviértase que el defecto subsanable implica que la cosa es susceptible de reparación, aspecto muy relacionado con el régimen del consumidor, y que no era la finalidad principal en el régimen del Código Civil derogado. En efecto, la noción clásica de vicio redhibitorio implicaba la rescisión del contrato o bien quedarse con la cosa, previa reducción del precio. En cambio, en el régimen vigente se admite también la posibilidad de reparación en el supuesto que el defecto sea susceptible de solución. Por supuesto, dependerá del caso concreto determinar cuando un defecto es subsanable y que plazos tendrá el garante para solucionar el desperfecto. En otros términos, esta cuestión particular dependerá de “los usos y prácticas, dentro [de] un tiempo razonable, aunque la norma no haga referencia a tales circunstancias²⁸”.

Empero, cabe alertar que con esta disposición el Código Civil y Comercial ha derogado la acción estimatoria o *quantum minoris*, porque no faculta al acreedor de la obligación de saneamiento a quedarse con la cosa, mediante una disminución del precio.

III.2.2 Proyectos de unificación civil y comercial

El Proyecto de 1993 mantenía ambas acciones (la redhibitoria y la *quantum minoris*), en estos términos: “La existencia de vicios redhibitorios habilitará al adquirente para demandar la resolución. En los contratos en que se hubiese pagado un precio en dinero, también contará con una acción para requerir su disminución”. Comentándose la norma, los proyectistas afirmaron que abre “la posibilidad del adquirente de ejercer la acción

²⁷ Cfr., art. 1021, *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, con Nota de elevación, Fundamentos y Legislación complementaria, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1999, pág. 324.

²⁸ KITAINIK, Nicolás, “Obligación de saneamiento”, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación...*, cit., t. 1, pág. 608.

redhibitoria o la *quantum minoris* cuando existe precio en dinero. De este modo se mejora la solución actual, en la cual el art. 2180 rectifica lo establecido en el art. 2172, que sólo alude a compradores y vendedores al referirse a la acción por reducción del precio²⁹.

El Proyecto de 1998 también contenía la acción redhibitoria y la *quantum minoris* (art. 1003). En particular, en esta última se facultaba al acreedor a pedir la resolución parcial del acto, con una disminución proporcional del precio.

III.2.3 Soluciones posibles. Interpretación

Sin embargo, esta opción no está contenida expresamente en el Código Civil y Comercial, abandonándose una antigua y extensa tradición que nos viene del derecho romano, y que Vélez Sarsfield mantuvo en su Código Civil (arts. 2165, 2172 y 2174, Cód. Civil). Esta supresión implica que se “ha pasado de un sistema de inspiración francesa al del sistema alemán, en el que la consecuencia de saneamiento conduce a la nulidad parcial o total del contrato³⁰”.

Para cierta doctrina, si bien acepta esta derogación expresa, interpreta que puede subsanarse mediante la extinción parcial de los actos jurídicos. Así, afirma que el “nuevo sistema admite en varios artículos la extinción parcial de los actos jurídicos (por ejemplo arts. 389, 989 y 1122) e inclusive regula la evicción parcial en materia de donaciones (art. 1557), por lo cual nos parece debe interpretarse que es admisible solicitar la extinción parcial del acto, aun cuando no haya norma especial expresa³¹”. En nuestra opinión, la propia definición legal de vicios redhibitorios considera tal aquellos que, “de haberlos conocido, el adquirente (...) su contraprestación hubiese sido significativamente menor” (art. 1051, inc. b). Por lo tanto, creemos³² —teniendo en cuenta el método seguido por el legislador y en virtud que el Proyecto de 1998 si regulaba la acción *aestimatoria*— que ha

²⁹ Cfr., *Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92*, Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 187.

³⁰ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., “Contratos. Parte general” en ALTERINI, Jorge H. (dir. general) – ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código civil y comercial comentado...*, cit., t. V, pág. 545: “Estas opciones generales (...) las encontramos en el art. 730 del Código Civil y Comercial, que son las opciones del acreedor frente al incumplimiento del deudor, precepto equivalente al establecido en el art. 505 del Código Civil derogado”.

³¹ NICOLAU, Noemí L., “La obligación de saneamiento y la responsabilidad por evicción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en STIGLITZ, Rubén S. (dir.), *Suplemento especial...*, cit., pág. 150.

³² ARIAS CÁU, Esteban J., “Obligación de saneamiento. Tercera parte: Vicios redhibitorios”, en TINTI, Guillermo P. – CALDERÓN, Maximiliano R. (dir.), *Contratos. Parte general según el Código Civil y Comercial*, Zavallía, Buenos Aires, 2016, pág. 287.

sido derogada³³ expresamente para la materia civil y comercial. Ello surge en general del análisis del art. 1039 y en particular el inciso c) que faculta al acreedor de la obligación de saneamiento a “declarar la resolución del contrato”, habiéndose *suprimido el párrafo* contenido en el Proyecto de 1998 para el caso de resolución parcial. En particular, el art. 1056 con el epígrafe “Régimen de las acciones” faculta al acreedor a “declarar la resolución del contrato: a) si se trata de un vicio redhibitorio”.

Así las cosas, una posible solución hermenéutica sería que las partes expresamente la pactaran, incluyéndose como cláusula expresa en el contrato, en virtud de su naturaleza de cláusula natural, para aquellos contratos negociados o paritarios como su inclusión en los de adhesión. Otra solución posible, sería aplicar analógicamente y por extensión, la doctrina y jurisprudencia anterior nacida al calor del Código de Vélez, siguiéndose la postura del jurista cordobés Luis Moisset de Espanés, en virtud del art. 1 *in fine* del Código Civil y Comercial. Por supuesto, para los contratos de consumo, no hay duda que la *actio quanti minoris* subiste parcialmente para el supuesto de reparación insatisfactoria (art. 17 inc. c), en el régimen especial de defensa del consumidor³⁴.

³³ GAITÁN, María C, “Obligación de saneamiento: Responsabilidad por evicción y vicios ocultos”, en CURÁ, José M. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado...*, cit., t. III, pág. 365: “La nueva normativa del Código Civil y Comercial, suprimió esta acción estimatoria”.

³⁴ ARIAS CÁU, Esteban J, “Obligación de saneamiento. Tercera parte: Vicios redhibitorios”, en TINTI, Guillermo P. – CALDERÓN, Maximiliano R. (dir.), *Contratos...*, cit., pág. 287.